

La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española

José Luis Díez Ripollés

Universidad de Málaga

Abstract

La reforma de 2010 del código penal español ha introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El estudio se ocupa de analizar la nueva regulación, concentrándose en los elementos que configuran esa responsabilidad. Se intenta realizar una interpretación lo más coherente posible de la nueva regulación, poniendo de manifiesto al mismo tiempo sus insuficiencias.

The 2010 reform of the Spanish Penal Code has established for the first time the criminal liability of corporations. The paper analyses the new regulation, focusing on the elements of responsibility. It is intended to carry out a consistent legal interpretation of the new provisions, as well as to bring out their shortcomings.

Die neueste Reform des Spanischen Strafgesetzbuches von 2010 hat die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Personen eingeführt. Dieser Aufsatz versucht die neue Regelung zu analysieren, womit die Elemente der Verantwortlichkeit insbesondere berücksichtigt sind. Eine ausführliche Auslegung der neuen Vorschriften gemacht wird, auch wenn ihre Unzulänglichkeiten gleichzeitig offenbar gemacht worden sind.

Title: Corporate Criminal Liability: Spanish Regulation

Titel: Strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen: Spanisches Recht

Palabras clave: Personas jurídicas, Responsabilidad penal de personas jurídicas, Derecho penal español sobre personas jurídicas

Keywords: Legal entities, Corporate Criminal Liability, Spanish law on Corporate Criminal Liability

Stichwörter: Juristische Personen, Strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen, Spanisches Recht über juristische Personen

Sumario

- 1. Introducción***
- 2. El debate político-criminal***
- 3. Los sistemas de imputación de responsabilidad penal a personas jurídicas***
- 4. La persona jurídica sujeto activo del delito***
- 5. Los delitos susceptibles de comisión por personas jurídicas***
- 6. El sistema de imputación vigente en el código penal español***
- 7. El tipo de lo injusto de la persona física transferible a la persona jurídica***
- 8. Atenuantes específicas de las personas jurídicas***
- 9. Bibliografía***

1. Introducción

Entre las numerosas reformas del código penal contenidas en la LO 5/2010, de 23 de diciembre, sin duda una de las más relevantes es la que, a través principalmente de los arts. 31 bis, 33.7, 66 bis y 130.2, introduce por primera vez en nuestro ordenamiento la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El estudio que sigue se concentra en el análisis del ámbito objetivo y subjetivo de esa responsabilidad y de los elementos que la configuran. Para otro lugar queda la consideración del catálogo de sanciones previsto y su determinación en el caso concreto¹.

El objetivo se limita a realizar una interpretación lo más coherente posible de la nueva regulación, poniendo de manifiesto al mismo tiempo sus insuficiencias. A tales efectos, ha sido preciso encuadrar el asunto en el correspondiente marco político-criminal y en el debate sobre los modelos de imputación de los entes societarios. Sin perjuicio de la postura crítica adoptada en ambos aspectos, he renunciado a entrar a fondo en la discusión existente en la doctrina jurídico-penal sobre la procedencia de introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas y en qué términos.

2. El debate político-criminal

El debate político-criminal contemporáneo sobre la consideración de las personas jurídicas como sujeto activo del delito se construye sobre el consenso de que los colectivos societarios deben ser objeto de atención específica por parte del derecho penal: Se han convertido en un sujeto autónomo, cotidiano y protagonista en las interacciones sociales de las sociedades capitalistas avanzadas, por lo que están presentes en la comisión de delitos muy diversos.

Sin duda, el punto de referencia del debate es la criminalidad socio-económica y financiera. Una eficaz lucha contra ella exige concentrar la atención en los colectivos societarios implicados, revelándose como insuficiente una intervención limitada a las personas físicas. Además, el protagonismo internacional adquirido por la criminalidad económica organizada, que llevó inicialmente a dirigir la atención al narcotráfico y terrorismo para luego extenderse a otros ámbitos, ha incrementado notablemente la relevancia del problema².

Asumido este punto de partida, la argumentación político-criminal adolece de incongruencias significativas. Sorprendentemente, el merecimiento de responsabilidad penal de las personas jurídicas no ocupa el centro de la discusión. Si así fuera se estaría intensamente debatiendo sobre una sustancial correspondencia valorativa entre el

¹ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, *Las penas de las personas jurídicas, y su determinación legal y judicial. Regulación española*, 2012.

² Véanse GARCÍA ARÁN, "Arts. 31 bis, 66 bis", en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, pp. 387-388; MORALES PRATS, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis, 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129, 130.2 CP)", en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 48, 52-53; ZUGALDÍA ESPINAR, "Tema 34", en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, 2010, pp. 578-579; y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2003, p. 55 y ss., entre otros.

comportamiento de las personas físicas y el de las personas jurídicas. Alcanzada eventualmente una conclusión afirmativa, se justificaría el abandono del principio de personalidad física en derecho penal, abriéndose el paso a las personas jurídicas como sujeto activo y a reflexiones sobre las particularidades de su sistema de responsabilidad³. Sin embargo, son razones pragmáticas, ajenas a una fundamentación propia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las que dominan el debate.

Una primera línea de argumentación justifica esa responsabilidad societaria en las dificultades prácticas para exigir responsabilidad penal a las personas físicas insertas en una persona jurídica: Abundan los chivos expiatorios, voluntarios o no, y la división del trabajo e intercambiabilidad de personas de toda estructura empresarial impide identificar a las personas físicas responsables, sin contar con ciertas técnicas de neutralización y bloqueo de información en ella habituales que incluso fomentan esas conductas delictivas individuales⁴. Otra línea de argumentación, en cierto sentido cercana, sostiene que esa responsabilidad societaria permitirá aliviar de tensiones al sistema de responsabilidad individual, sea porque no habrá que forzar en exceso categorías dogmáticas, sea porque posibilitará una reducción del rigor punitivo con las personas físicas⁵.

Sin embargo, resulta poco fundado justificar la responsabilidad penal societaria en la necesidad de mejorar la exigencia de responsabilidad individual a las personas físicas actuantes en su seno. Al igual que no hacemos responder a una persona física para identificar, o precisar mejor, la responsabilidad de otra. Los problemas de verificación de la responsabilidad individual han de resolverse mejorando los instrumentos para su averiguación. Por lo demás, las técnicas de neutralización y de encubrimiento son también frecuentes en amplios sectores de la criminalidad individual.

Una segunda batería de argumentos funda la responsabilidad societaria en necesidades preventivas a satisfacer con la pena: La responsabilidad penal individual, o la colectiva del derecho administrativo sancionador, tienen escaso efecto preventivo en la empresa; sólo las sanciones penales societarias tienen capacidad para repercutir negativamente sobre la

³ Sin duda, hay esfuerzos relevantes en ese sentido. Véanse GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2010; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2003; CARBONELL MATEU, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010", *Cuadernos de Política Criminal*, (101), 2010, pp. 5-33; y BACIGALUPO SAGESSE, "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos", *Diario La Ley* 7541, 5 de enero de 2011, pp. 1-8, entre otros.

⁴ Véanse NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008, pp. 38-42; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2003, pp. 70, 98-100; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, "El sistema de sanciones penales aplicables a personas jurídicas", en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/PÉREZ CEPEDA/ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo I*, 2010, pp. 314-315; ORTIZ DE URBINA GIMENO, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial ('Compliance Programs')", en GOÑI SEIN (dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, 2011, pp. 97-100; CARBONELL MATEU, *Cuadernos de Política Criminal*, (101), 2010, pp. 10-11; y GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, p. 388.

⁵ Se alude en el primer sentido a la autoría mediata, actuación en lugar de otro, delitos de infracción de un deber, comisión por omisión, etc. Véanse al respecto, NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008, pp. 48-52; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2003, p. 99; y ORTIZ DE URBINA GIMENO, en GOÑI SEIN (dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, 2011, p. 99; también CARBONELL MATEU, *Cuadernos de Política Criminal*, (101), 2010, p. 10.

sociedad en términos funcionales y de reputación, con lo que se afecta directamente sobre socios y administradores⁶.

Pero razones de necesidad de pena no están en condiciones, por sí solas, de fundamentar la responsabilidad de comportamiento alguno, ni de personas jurídicas ni de personas físicas, ni en el ámbito de lo injusto ni en el de la culpabilidad⁷. Es una vez establecida la responsabilidad por un comportamiento cuando cabe plantearse la necesidad de penarlo y en qué medida. En cualquier caso, la superación de los déficits de motivación de socios y administradores puede lograrse con instrumentos, jurídicos o no, muy diversos.

Un argumento reiterado gira en torno a la pretensión de implicar a los entes colectivos en la prevención y persecución de delitos cometidos en su seno por personas físicas: Los órganos de la administración pública ya no estarían en condiciones de realizar esas funciones con una mínima eficacia dentro de los entes colectivos dada la complejidad tecnológica y organizativa que han adquirido; en consecuencia, la prevención y persecución de delitos en las sociedades pasa a ser una tarea y un coste imputable a ellas mismas. Dicho de otro modo, objetivo primordial del establecimiento de su responsabilidad penal es incentivar la autorregulación y auto-organización de los entes colectivos, hasta el punto de que su punición se condiciona en buena medida a la no disponibilidad en ellas de instrumentos que faciliten la prevención o persecución de delitos⁸.

Ahora bien, hacer depender la punición de las sociedades de su disponibilidad a prevenir o perseguir los delitos cometidos en su seno por personas físicas supone, de nuevo, fundar su responsabilidad en meras necesidades de pena. Además, que la autorregulación de las sociedades sea la razón, o una de las razones, primordial de su responsabilidad penal constituye una directa adhesión a los postulados de la cuestionable prevención comunitaria, que exige a los ciudadanos que se impliquen directamente en tareas cuasi-policiales. En realidad, transmite la idea de que los poderes públicos renuncian en parte a ejercer, o perfeccionar, sus tareas preventivas y persecutorias penales, que se trasladan a centros de poder privados. La alegación de que sólo así se puede ampliar la intervención penal a ámbitos sociales nuevos y con una gran capacidad lesiva, lo que se logra con medios inaccesibles a los poderes públicos, merece consideración, pero tiene problemas serios de legitimación: Supone una renuncia en toda regla al carácter público del derecho penal, en acomodación a planteamientos neoliberales.

Otros argumentos, más coyunturales, ligados a la evolución del derecho comparado, las obligaciones internacionales o la brecha que ya supone la vigencia del derecho administrativo sancionador de sociedades, van a quedar ahora fuera de análisis, por no ser

⁶ Véanse NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008, pp. 43-47; DOPICO GÓMEZ-ALLER, "Responsabilidad de las personas jurídicas", en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, p. 12-13; y ORTIZ DE URBINA GIMENO, en GOÑI SEIN (dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, 2011, pp. 100-101.

⁷ Sobre su incorrecto empleo en la culpabilidad, véase DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español. Parte general. En esquemas*, 3ª ed., 2011, pp. 400 y ss.

⁸ Véanse NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008, pp. 52 y ss.; y DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, p. 12-13.

determinantes⁹. En suma, las razones precedentes, de carácter pragmático, no son suficientes para fundar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son razones vinculadas al plano ético y teleológico¹⁰ las que han de mostrar previamente el merecimiento de responsabilidad de las personas jurídicas. Sólo más tarde nos ocuparemos de la oportunidad o conveniencia de que sean penalmente responsables.

Precisamos, por consiguiente, un amplio acuerdo social sobre, al menos, tres aspectos fundamentales: Ante todo, sobre la existencia de contenidos de tutela relevantes que son afectados seriamente por las actuaciones societarias, algo que, como dijimos al principio, ya goza de amplio reconocimiento. En segundo lugar, sobre las cualidades que deben darse en los actores societarios y en sus actuaciones para hacerles responsables penalmente de éstas: Ello exige categorizar los elementos que han de concurrir en el comportamiento societario para poder formular un juicio de responsabilidad penal. Asunto sobre cuya viabilidad y contenido hay un profundo debate jurídico y social. Finalmente, sería necesario estructurar un sistema de sanciones que satisfaga los fines de la pena pretendidos, con el debido respeto de los otros principios de la sanción penal. Ello no parece suscitar demasiados problemas. Por tanto, la atención precisa concentrarse en cómo configurar un juicio de responsabilidad penal de las personas jurídicas socialmente asumible.

3. Los sistemas de imputación de responsabilidad penal a personas jurídicas

En la actualidad hay tres sistemas de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, con diferentes variantes internas, que paso a analizar críticamente con brevedad.

El modelo de transferencia de responsabilidad imputa a la sociedad los hechos delictivos cometidos por sus directivos, administradores o empleados, siempre que la conducta de éstos se haya realizado por cuenta y en beneficio de la sociedad. Para transferir los hechos delictivos a la empresa puede requerirse, según las diversas propuestas legales y doctrinales, alguna de las siguientes tres opciones: a) que los hechos los cometan los administradores o los directivos –eventualmente puede bastar que los hayan tolerado, consentido o inducido–; b) que los hechos los cometan sus administradores o directivos, o sus empleados debido a un defectuoso control o vigilancia de los primeros; c) que los hechos los cometan administradores, directivos, empleados sometidos a defectuoso control, o cualquier persona a cuenta de la sociedad. Con frecuencia es irrelevante que tales personas hayan sido identificadas –siempre que conste la realización del hecho delictivo– o que, aun identificadas, puedan ser declaradas penalmente responsables.

Este modelo infringe el principio de responsabilidad por un hecho propio, elemento constitutivo del principio de imputación personal, en su vertiente cuantitativa¹¹. Se hace

⁹ Véase más detenidamente sobre ellos, DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español. Parte general. En esquemas*, 3ª ed., 2011, pp. 130 y ss., y la doctrina allí citada.

¹⁰ En el sentido expuesto en mi obra titulada “La racionalidad de las leyes penales”: véase DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, 2003, pp. 86 y ss.

¹¹ Sobre este principio, véanse CUERDA RIEZU, “El principio de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas”, *ADPCP* 62 (1), 2009, pp. 157-209; y CUERDA RIEZU, “El principio de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cuantitativas”, *ADPCP* 62 (1), 2009, pp. 211-252; también DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español. Parte general. En esquemas*, 3ª ed., 2011, pp. 237 y ss.

responder a la persona jurídica por un hecho delictivo ajeno, propio de sus representantes o empleados: el mismo injusto cometido por estos es el que se imputa asimismo a la persona jurídica. Por lo demás, el injusto de los representantes o empleados es un injusto propio de ellos, pues tales representantes o empleados no se consideran meros instrumentos materiales de ejecución de un injusto en realidad propio de la persona jurídica, lo que llevaría a tener que declararlos irresponsables. Tampoco se atribuye a representantes o empleados y a la persona jurídica una intervención conjunta pero diferenciada en un mismo hecho delictivo, lo que implicaría configurar modalidades de autoría y participación en un hecho propio de todos¹². A tal conclusión no es obstáculo que los representantes o empleados hayan actuado por cuenta o en provecho de la persona jurídica¹³.

La constatación precedente reconduce la cuestión a si rige el principio de exclusión de la responsabilidad penal por el hecho ajeno para las personas jurídicas. El asunto se suele plantear en términos estrictamente constitucionales: Un sector doctrinal estima que nuestra constitución avala que las personas jurídicas no deberían gozar de las mismas garantías que las personas físicas, al carecer aquellas de determinados atributos de estas, singularmente la dignidad personal; eso permitiría afirmar la no vigencia respecto a ellas de principios como el de responsabilidad por el hecho propio o el de imputación subjetiva¹⁴.

A mi entender, limitar la cuestión a un problema de interpretación constitucional supone

¹² Apuntan una interpretación del modelo en este último sentido CUERDA RIEZU, *ADPCP* 62 (1), 2009, pp. 215 y ss., y pp. 234-235; y GÓMEZ RIVERO, "Lección XXVI. Problemas especiales de la autoría", en GÓMEZ RIVERO (coord.), *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 2010, pp. 352 y 354.

¹³ En el mismo sentido, véanse entre otros BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, "La responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal español", en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, 2011, p. 277; CARBONELL MATEU, *Cuadernos de Política Criminal*, (101), 2010, pp. 16-17; y ROBLES PLANAS, "Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP", *Diario La Ley* 7705, 29 de septiembre de 2011, pp. 2-3.

No creo que el modelo deba criticarse desde otros principios que se suelen mencionar. A mi juicio no infringe el principio de prohibición del *bis in idem*, pues no se imputa un mismo hecho con el mismo fundamento a una persona dos veces, sino que se hace responder a una persona, la jurídica, de un hecho que ha cometido otra, la física, y por el que ésta ya responde.

De opinión distinta, BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, 2011, p. 287; y NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008, pp. 110 y ss.

Tampoco ha de estar en primer plano el principio de exclusión de la responsabilidad objetiva, pues no hacemos responsable a una persona jurídica por un hecho que ha realizado o producido materialmente pero que no se le puede imputar subjetivamente, por falta de dolo o imprudencia. En realidad hacemos responder a una persona jurídica por un hecho que es imputable objetiva y subjetivamente a otra persona, y del que esta ya responde. Así también CUERDA RIEZU, *ADPCP* 62 (1), 2009, p. 193; y CUERDA RIEZU, *ADPCP* 62 (1), 2009, p. 217; de otra opinión, BACIGALUPO SAGESSE, *Diario La Ley* 7541, 5 de enero de 2011, p. 26; BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, 2011, p. 287; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008, pp. 115 y ss.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, en GOÑI SEIN (dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, 2011, pp. 118-120; y ROBLES PLANAS, *Diario La Ley* 7705, 29 de septiembre de 2011, p. 2.

¹⁴ Así, BAJO FERNÁNDEZ, "La responsabilidad penal colectiva", *Cuadernos de derecho judicial*, (7), 2006, pp. 60-61; y NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008, pp. 116-120; de opinión contraria, CUERDA RIEZU, *ADPCP* 62 (1), 2009, pp. 215 y ss.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, pp. 13 y 18; y ORTIZ DE URBINA GIMENO, en GOÑI SEIN (dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, 2011, pp. 103-109, 122-123.

Nuestro Tribunal Constitucional no se ha pronunciado hasta ahora de manera clara.

adoptar una postura reduccionista en exceso¹⁵. Solo una oposición manifiesta de nuestra constitución a la atribución de cualquier tipo de responsabilidad por el hecho ajeno supondría un freno temporalmente insalvable al debate sobre este asunto. Pero, en cualquier caso, la cuestión decisiva reside en si nuestro sistema de creencias¹⁶ admite responsabilizar a la persona jurídica por hechos realizados por otras personas por cuenta y en provecho de ella. Y mi impresión es que nuestra sociedad está dispuesta, dada la trascendencia social de las actividades de los entes colectivos, a aceptar tal responsabilidad societaria. Si esto es así, se trata de encontrar el modo socialmente más convincente de estructurar esa responsabilidad.

La renuncia al principio de exclusión de la responsabilidad por el hecho ajeno tiene buenos argumentos para ser el hilo conductor de la imputación penal a las personas jurídicas: Podría admitirse que un ente colectivo, como construcción jurídica que es, debe responder por el hecho cometido por una persona física a él estrechamente conectada, lo que, sin embargo, no admitiríamos entre personas físicas. Ello tendría la ventaja añadida de que, al producirse la mera transferencia de una responsabilidad individual ajena, se deja intacto el actual sistema de imputación. Sin embargo, esta opción elude el núcleo del problema, que es valorar el contenido de injusto específico de los entes colectivos con independencia del injusto específico de sus representantes o empleados. Sin olvidar, complementariamente, que no es en los términos pragmáticos antes aludidos, la solución más convincente¹⁷.

El modelo de autorresponsabilidad imputa a la sociedad los hechos delictivos por ella misma cometidos, si bien presupone que un directivo, administrador o empleado ha llevado a cabo un hecho por cuenta y en provecho de la sociedad. Esa responsabilidad de la sociedad se puede fundar en cuatro criterios alternativos de imputación.

El primero imputa a la persona jurídica el hecho materialmente realizado por sus representantes o empleados, que se considera un hecho delictivo propio de la sociedad; en consecuencia, es en ella en quien ha de darse el injusto culpable del hecho, sin perjuicio de que la persona física ejecutora material deba responder por un injusto propio ligado a ese mismo hecho¹⁸. El segundo imputa al ente colectivo un defecto de organización concreto, el cual ha facilitado o no ha impedido que sus representantes o empleados hayan realizado un hecho delictivo singular; será ese defecto de organización concreto lo que constituya el hecho delictivo propio de la sociedad¹⁹. El tercero imputa a la sociedad una cultura

¹⁵ Sin embargo, así DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, pp. 13 y 18; y NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008, pp. 116-120; también ORTIZ DE URBINA GIMENO, en GOÑI SEIN (dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, 2011, pp. 103-109, y pp. 122-123.

¹⁶ Sobre el concepto, de clara raíz habermasiana, véase Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, 2003, pp. 91-92.

¹⁷ Véanse a este último respecto NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008, pp. 120-126; y ORTIZ DE URBINA GIMENO, en GOÑI SEIN (dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, 2011, pp. 120-121.

¹⁸ Así, por ejemplo, GÓMEZ-JARA Díez, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2010, *passim*; GÓMEZ-JARA Díez, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del código penal", *Diario La Ley* 7534, 23 de diciembre de 2010, pp. 9-10; CARBONELL MATEU, *Cuadernos de Política Criminal*, (101), 2010, pp. 22 y ss.; y BACIGALUPO SAGESSE, *Diario La Ley* 7541, 5 de enero de 2011, pp. 17-19.

¹⁹ Así la mayoría de la doctrina: véanse, entre muchos otros, BACIGALUPO ZAPATER, "Responsabilidad penal y administrativa de personas jurídicas y programas de *compliance*", *Diario La Ley* 7442, 9 de julio de 2010,

corporativa defectuosa, la cual fomenta o no impide a lo largo del tiempo la realización por sus representantes o empleados de hechos delictivos como el concreto acaecido; esa cultura societaria defectuosa constituirá el hecho delictivo propio de la sociedad²⁰. El cuarto imputa a la persona jurídica una reacción defectuosa frente al hecho delictivo, ya realizado, por sus representantes o empleados, y es la ausencia de ese comportamiento post-delictivo adecuado lo que constituye el hecho delictivo propio de la sociedad²¹.

Las vías escogidas por este modelo para hacer responder a la persona jurídica por su propio injusto culpable ya no infringen directamente el principio de exclusión de la responsabilidad por el hecho ajeno. Pero tropiezan con otros problemas según el criterio de imputación elegido. Lo pasamos a analizar en orden inverso al aludido. Los dos últimos criterios, el de cultura corporativa defectuosa y el de reacción defectuosa al delito, configuran un derecho penal de autor, desligado del hecho delictivo concreto y, por ello, opuesto al principio de responsabilidad por el hecho concreto²². La variante de defecto de organización concreto no logra una convincente imputación subjetiva de la persona jurídica por el hecho delictivo realizado en su seno por la persona física: En realidad ese hecho delictivo, que es el que primariamente queremos castigar, no se le puede imputar a la sociedad de acuerdo a este criterio; lo que se le imputa es otro injusto ligado a su organización defectuosa en el momento de cometerse ese hecho delictivo²³. Si se pretende imputar a la sociedad, a partir de su defecto de organización concreto, no otro injusto sino el hecho delictivo realizado por su representante o empleado, hay que prescindir de la imputación subjetiva: Para unos, el dolo o la imprudencia se sustituyen por la presencia de un mayor o menor defecto de organización, para otros la responsabilidad de la sociedad se basa en su culpabilidad, asentada sobre el injusto de la persona física²⁴. El primero de los

pp. 3-4; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008, pp. 146 y ss.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, en GOÑI SEIN (dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, 2011, p. 116; ZUGALDÍA ESPINAR, *Aproximación teórico y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español*, 2012, pp. 3-4; y ZÚNIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2003, pp. 195 y ss.

²⁰ Así, véanse HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995; y LAMPE, "Systemunrecht und Unrechtsysteme", *ZStW* 106, 1994, pp. 683-745; también en parte GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2010, pp. 15 y ss.; y GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Diario La Ley* 7534, 23 de diciembre de 2010, p. 10.

²¹ Así FISSE/BRAITHWAITE, *Corporations, Crime and Accountability*, 1993.

²² Esa misma objeción vale para el criterio de defecto de organización en la medida en que se exija un defecto organizativo que se extienda en el tiempo, antes y después del hecho delictivo concreto. Véanse NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008, pp. 150 y ss.; y SILVA SÁNCHEZ, "La reforma del código penal: una aproximación desde el contexto", *Diario La Ley* 7464, 9 de septiembre de 2010, p. 6.

²³ Y eso incluso si consta la actitud favorable de los órganos societarios a que personas físicas en su seno realicen ese hecho delictivo. En el mismo sentido, CARBONELL MATEU, *Cuadernos de Política Criminal*, (101), 2010, p. 19; y ROBLES PLANAS, *Diario La Ley* 7705, 29 de septiembre de 2011, p. 4.

La objeción es reproducible a las dos variantes anteriores ya criticadas, por más que en estos casos ni siquiera se guarde relación con el hecho concreto.

²⁴ Entre los primeros se encuentra NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008, pp. 155 y ss. Entre los segundos, véase ZUGALDÍA ESPINAR, *Aproximación teórico y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español*, 2012, pp. 7-10, el cual acepta un injusto meramente objetivo de la persona física, si se desconoce su identidad. No faltan quienes persisten en realizar una imputación subjetiva a la sociedad, a partir de un dolo o imprudencia colectivos muy normativizados (así, por ejemplo, ZÚNIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2003, pp. 237 y ss.; y ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, 2010, pp. 581-582), algo que, a mi juicio, desnaturaliza la imputación subjetiva (también

criterios mencionados, que denominaremos la variante del hecho delictivo societario, no ha sido aún capaz de construir un sistema de imputación *ex novo* de la persona jurídica: En lugar de dedicarse a delimitar y dotar de sustantividad al sujeto de la imputación, la persona jurídica, y a identificar las bases propias de su responsabilidad, ha centrado sus esfuerzos en encontrar equivalentes en la persona jurídica al injusto culpable de la persona física. Ello le ha conducido a una fuerte e inmanejable normativización de conceptos propios de la imputación individual²⁵.

En último término, ninguna de las cuatro variantes explica bien por qué se mantiene la responsabilidad de la persona física junto a la de la persona jurídica. En las variantes de cultura corporativa defectuosa y reacción defectuosa al delito la existencia de una persona física responsable sirve simplemente para asegurar una correcta identificación de la persona jurídica, constituyendo pues un mero elemento de la punibilidad. En la variante del defecto de organización concreto no se explica, si asumimos que el hecho delictivo de la persona física es distinto del de la persona jurídica, por qué el injusto de aquella es requisito necesario y determinante para que responda la persona jurídica; y si partimos de que la responsabilidad de la sociedad se asienta sobre el injusto, al menos objetivo, de la persona física, no se entiende por qué no se reconoce que hay cierta transferencia del injusto de la persona física a la persona jurídica²⁶. A su vez, en la variante de hecho delictivo societario, la persona física, al ser mero instrumento de ejecución de la persona jurídica, no debería responder del hecho delictivo de esta última²⁷; se podría objetar que la persona física, además de instrumento ejecutor de la sociedad, tiene un injusto de participación propio, pero entonces se da un concurso de leyes a favor de su papel como mero e imprescindible ejecutor de la conducta de autoría de la sociedad. Naturalmente detrás de todas estas inconsecuencias late una justificada preocupación político-criminal, que la introducción de la responsabilidad de la persona jurídica abra campos de impunidad a las personas físicas²⁸.

En mi opinión, la variante que hemos llamado de hecho delictivo societario, que imputa a la sociedad, como hecho delictivo propio, el ejecutado materialmente por sus representantes o empleados, marca la vía correcta a seguir. Ello exige configurar un nuevo sujeto de imputación, la persona jurídica, y un sistema de responsabilidad penal ajustado a sus características, sin que la deseable semejanza de ese modelo de autorresponsabilidad al

críticamente, véase NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008, pp. 160-162).

Críticamente en general, véase SILVA SÁNCHEZ, *Diario La Ley* 7464, 9 de septiembre de 2010, pp. 5-6.

²⁵ Sin perjuicio de aproximaciones valiosas, como las de GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2010, *passim*; y CARBONELL MATEU, *Cuadernos de Política Criminal*, (101), 2010, pp. 22 y ss. También críticamente, ROBLES PLANAS, *Diario La Ley* 7705, 29 de septiembre de 2011, pp. 2-3.

²⁶ Lo reconoce ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, 2010, p. 582. En un sentido crítico cercano, véanse CUERDA RIEZU, *ADPCP* 62 (1), 2009, pp. 217-218, y pp. 234-235; y SILVA SÁNCHEZ, *Diario La Ley* 7464, 9 de septiembre de 2010, p. 6.

²⁷ Al hacerle también responsable la persona física responde por un hecho ajeno, el de la persona jurídica.

²⁸ Así, CARBONELL MATEU, *Cuadernos de Política Criminal*, (101), 2010, pp. 9-10; MIR PUIG, "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en OCTAVIO DE TOLEDO UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, pp. 760-761; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, p. 53; y OCTAVIO DE TOLEDO UBIETO, "¿Responsabilidad penal para los entes sociales?", *ADPCP* 62 (1), 2009, pp. 151 y ss.

vigente para la responsabilidad de la persona física deba condicionar decisivamente su construcción. En todo caso, ya hay antecedentes de modelos específicos de responsabilidad penal bien conectados con el sistema de imputación individual normal, como en el caso del derecho penal de menores o de las medidas de seguridad para peligrosos²⁹. En su estructuración, por último, no deberán olvidarse, aunque sea en un plano complementario, las razones pragmáticas tan presentes en este debate.

El modelo mixto, en el que apenas me detendré, imputa a la sociedad los hechos delictivos cometidos por sus directivos, administradores o empleados según el modelo de transferencia. Sin embargo, exime o gradúa la responsabilidad del ente societario atendiendo a su comportamiento, que puede ser anterior o posterior al hecho delictivo transferido y sin directa relación con él. Esta opción no elude la infracción del principio de exclusión de responsabilidad por el hecho ajeno, sin que, pese a las apariencias, logre vincular de algún modo la responsabilidad a un hecho delictivo propio de la sociedad³⁰.

4. La persona jurídica sujeto activo del delito

La introducción en 2010 de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico español, en virtud del art. 31 bis y correlativos del código penal, no ha conllevado una definición legal de ella a efectos penales, por lo que hay que acudir al concepto válido para todo el ordenamiento. Estamos ante una realidad social a la que la ley reconoce o atribuye individualidad propia distinta de la de sus componentes, sujeta a derechos y deberes, y con capacidad de obrar en el tráfico jurídico por medio de sus órganos o representantes. Podrán ser corporaciones, asociaciones o fundaciones de interés público, o asociaciones de interés particular civiles, mercantiles, industriales o laborales, según el art. 35 del código civil. Nos va a interesar de modo especial la asociación, como estructura organizativa que han acordado constituir tres o más personas físicas o jurídicas para conseguir unos fines lícitos comunes de interés general o particular –arts. 1 y 5 de LO 1/2002 de derecho de asociación–, y sobre todo una especie de ella, la sociedad, que se constituye por un contrato mediante el que se pone en común dinero, bienes o industria con el ánimo de compartir el lucro obtenido con su actividad –arts. 1665 del código civil y 116 del código de comercio–.

En todo caso, este concepto legal de persona jurídica es complementado penalmente con un enfoque material, atinente a la realidad económica y teleológica de su funcionamiento, y con la mira puesta en los objetivos pretendidos de prevención y persecución penales de estos entes colectivos³¹. En ese sentido, nuestro código penal ha decidido excluir como sujetos activos de delitos a ciertas personas jurídicas, al mismo tiempo que determinadas configuraciones o transformaciones legales u operativas de la persona jurídica no impiden

²⁹ En ese sentido, véase principalmente ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, 2010, p. 578; también en un sentido similar NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008, pp. 20 y ss.

³⁰ Más ampliamente Díez Ripollés, *Derecho penal español. Parte general. En esquemas*, 3ª ed., 2011, p. 136. También críticamente, NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008, pp. 177 y ss.

³¹ Así también NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008, pp. 29 y ss.; y GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Diario La Ley* 7534, 23 de diciembre de 2010, p. 8.

la aparición o persistencia del sujeto activo del delito.

En cuanto a lo primero, el art. 31 bis 5 excluye al estado y a las administraciones públicas territoriales e institucionales de su ámbito de aplicación³²: La doctrina mayoritaria aprueba esta exclusión, pues la intervención penal en estos casos resultaría disfuncional, siendo preferible acudir a controles políticos e institucionales³³. Comparto, con todo, la postura más matizada de un sector minoritario, quien no descarta que se puedan exigir en algunos casos responsabilidades penales, como se exigen administrativas, por más que limitadas a ciertos injustos o sanciones³⁴ y, añadido yo, siempre que se individualicen adecuadamente los órganos o unidades administrativas responsables.

Acertadamente la doctrina mayoritaria es, sin embargo, contraria a otra de las exclusiones previstas en la ley, la de partidos políticos y sindicatos, aunque no organizaciones empresariales: Se estima que, pese a su naturaleza cuasi-pública y su relevante función constitucional, deben prevalecer los intereses de tutela de bienes jurídicos relevantes; de hecho, en el ámbito sancionador administrativo los partidos políticos se arriesgan incluso a sufrir la sanción de disolución³⁵. Menos aún convence el tercer grupo de exclusiones, referido a organismos reguladores, agencias y entidades públicas empresariales, o sociedades mercantiles estatales ejecutoras de políticas públicas o prestadoras de servicios de interés económico general, que además pueden ser de ámbito estatal, autonómico o local³⁶: Las razones aludidas para el grupo anterior se refuerzan en este caso, más teniendo en cuenta que con alguna frecuencia estas estructuras societarias se crean con la voluntad de eludir los controles del derecho administrativo³⁷. Es importante, en cualquier caso, que el art. 31 bis 5 (párrafo 2) prevea que si la personalidad jurídica de estos entes colectivos es un mero instrumento para eludir responsabilidades penales no proceda su exclusión.

³² También lo hace con organizaciones internacionales de derecho público, o que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

³³ Así CARBONELL MATEU/MORALES PRATS, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. del Libro I: 31 bis, supresión del 31.2 y nuevos, 66 bis, 116.3, 66.3, 130; y del Libro II: arts. 156 bis, 177 bis, 189 bis, 197, 251 bis, 261 bis, 264, 288, 302, 310 bis, 318 bis, 319, 327, 328, 343, 369, 369 bis, 399 bis, 427, 430, 445, 576 bis)", en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, 2010, p. 78; DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, p. 14; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, pp. 411-413; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Diario La Ley* 7534, 23 de diciembre de 2010, pp. 7-8; GÓMEZ MARTÍN, "Actualización de la obra de Santiago Mir Puig *Derecho penal. Parte general*, 8ª edición, 2008, a la LO 5/2010, de modificación del Código penal, que entra en vigor el 23-12-2010", en MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, p. 9; y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/PÉREZ CEPEDA/ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo I*, 2010, pp. 318-319.

³⁴ Así NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008, p. 31; parcialmente, véase también DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, p. 14.

³⁵ Véanse CARBONELL MATEU/MORALES PRATS, en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, 2010, p. 78; DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, p. 15 –aunque con matices–; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, pp. 413-414; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Diario La Ley* 7534, 23 de diciembre de 2010, p. 8; y MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, p. 61. En contra, véanse GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, pp. 9-10; y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/PÉREZ CEPEDA/ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo I*, 2010, p. 319.

³⁶ Véanse estos conceptos en las leyes 28/2006, 6/1997 y 3/2003, entre otras.

³⁷ Así DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, pp. 13-16; y GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, p. 414. En contra GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, p. 9.

En cuanto a lo segundo, se adoptan previsiones específicas relativas a sociedades instrumentales, supuestos de sucesión de personas jurídicas, y personas jurídicas aparentemente disueltas. Nuestro legislador ha optado por exigir responsabilidad penal a las sociedades instrumentales, que se han de entender como aquellas creadas o utilizadas por personas físicas para la comisión de delitos o la elusión de responsabilidades penales. Hubiera sido preferible crear para estos casos el delito de testaferría, que hace responder a las personas físicas por servirse de la sociedad para aquellos fines, sin perjuicio de aplicar la medida de seguridad de disolución de la sociedad³⁸ y los delitos cometidos por las personas físicas sirviéndose de tal instrumento societario. En cualquier caso, se contemplan dos clases de sociedades instrumentales: Personas jurídicas cuya actividad legal es menos relevante que la ilegal, para las que se prevén penas especialmente graves en art. 66 bis (párrafos 2 y 3); y personas jurídicas en principio excluidas como sujeto activo por parte del art. 31 bis 5, siempre que hayan sido creadas para eludir eventuales responsabilidades penales³⁹.

En los casos de sucesión de personas jurídicas el enfoque material adquiere toda su relevancia. Estamos ante supuestos de transformación, fusión, absorción o escisión de la sociedad original-mente responsable, lo que no impide que su responsabilidad se traslade a la sociedad resultante (art. 130.2 párrafo 1). Mientras que la transformación plantea pocos problemas en principio, pues estamos ante la misma sociedad con otra configuración jurídica y, quizás, económica, la escisión puede hacer necesario identificar la división, sector o filial de la sociedad original en la que se llevó a cabo la actividad delictiva, pues solo la sociedad escindida que acoja los elementos personales y materiales de realización del delito deberá responder⁴⁰. Sin duda, la fusión y la absorción son los casos más problemáticos: Hacer responder a la sociedad que integra o absorbe por hechos cometidos por aquella sociedad a la que integra o absorbe es responsabilidad por hecho ajeno⁴¹, con efectos potencialmente muy graves, como la imposición de penas de disolución o interdictivas a la nueva sociedad. Ciertamente hay una cláusula de medición judicial de la pena en el art. 130.2 (párrafo 1 *in fine*), que permite en todos estos casos ajustar la gravedad de la pena impuesta a la sociedad sucesora en función del grado de vinculación de esta con

³⁸ En ese sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, 2010, p. 591. En todo caso la pena de disolución está prevista para estos casos en art. 66 bis (párrafo 3).

³⁹ De todos modos, al no contemplarse el supuesto de que haya sido tras su creación cuando hayan degenerado en meras entidades instrumentales delictivas, que es el supuesto criminológico más relevante, la previsión será difícilmente aplicable a las entidades de derecho público del art. 31 bis 5 (párrafo 1). Así también DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, p. 15; GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, p. 10; GÓMEZ MARTÍN, "Art. 31 bis", en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010*, 2011, pp. 131-132; y GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/ GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, pp. 414-415.

⁴⁰ Así CORCOY BIDASOLO, "Art. 130", en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010*, 2011, p. 307; y DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, p. 36. Con todo, el art. 130.2 habla de las entidades resultantes de la escisión.

⁴¹ Que se acumula a la responsabilidad por hecho ajeno ya producida al transferir el hecho delictivo de la persona física a la jurídica, como veremos infra. Véase ROBLES PLANAS, *Diario La Ley* 7705, 29 de septiembre de 2011, p. 6.

la sociedad originalmente responsable, algo que no siempre será fácil de calcular⁴².

En las personas jurídicas aparentemente disueltas la sociedad realmente persiste en su actividad, lo que puede hacer a través de otra persona jurídica o por medio de una asociación que no posea personalidad jurídica, aun cuando haya procedido a su liquidación y extinción. Sin perjuicio de otras hipótesis, la ley considera uno de estos casos aquel en el que la persona jurídica continúa su actividad económica manteniendo una identidad sustancial, o la parte más relevante, de sus clientes, proveedores y empleados – art. 130.2 (párrafo 2)–⁴³. Si la liquidación y extinción de la sociedad ya han tenido lugar⁴⁴, se entiende que sujeto activo responsable pasará a ser la sociedad o asociación sin personalidad jurídica en la que continúa sus actividades: El primer supuesto puede resolverse como un caso de sucesión societaria, pero en el segundo supuesto, al no estar ante una persona jurídica, habrá que acudir eventualmente al régimen del art. 129 de consecuencias accesorias.

Otros supuestos problemáticos, como holdings, grupos de sociedades, uniones temporales de empresas, así como unidades de producción o distribución, o empresas filiales, de otras empresas radicadas en el extranjero, no son contemplados por la ley⁴⁵.

5. Los delitos susceptibles de comisión por personas jurídicas

La regulación española ha optado por el principio de excepcionalidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que ésta solo es posible exigirla en aquellas figuras delictivas que la tengan expresamente prevista –art. 31 bis.1–. Un análisis del catálogo de delitos en lo que ello sucede, nos muestra que predominan los delitos en los que se ha centrado el debate político-criminal sobre la necesidad de responsabilidad societaria: Delitos contra bienes jurídicos socio-económicos y delitos relacionados con la delincuencia organizada. Sin embargo, se ha incluido un número significativo de otros delitos de carácter patrimonial o asimilado, delitos contra la administración pública, incluso contra la intimidad o de riesgo catastrófico⁴⁶.

En todo caso, se aprecia un par de carencias destacables: Un importante número de delitos en los que no se prevé la cláusula de responsabilidad penal para las personas jurídicas tiene previsto, sin embargo, el régimen de consecuencias accesorias del art. 129. Ello resulta disfuncional, no sólo porque buena parte de esas figuras debieran estar entre aquellas en las que quepa la responsabilidad societaria, sino porque, además, la aplicación de las

⁴² Véanse otras soluciones más acertadas de la doctrina para resolver este problema en DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español. Parte general. En esquemas*, 3ª ed., 2011, p. 139.

⁴³ No creo que esta definición legal invierta la carga de la prueba, atentando al principio de presunción de inocencia, como, sin embargo, sostiene BACIGALUPO SAGESSE, *Diario La Ley* 7541, 5 de enero de 2011, p. 31.

⁴⁴ Si, por el contrario, se ha podido paralizar a tiempo cautelarmente el proceso de disolución de la sociedad, entonces responderá esta.

⁴⁵ Aluden a ello GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Diario La Ley* 7534, 23 de diciembre de 2010, p. 8; y NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008, p. 30. También en el mismo sentido véase FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por LO 5/2010”, 2011, pp. 28-29.

⁴⁶ Una enumeración en DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español. Parte general. En esquemas*, 3ª ed., 2011, pp. 243-244.

consecuencias accesorias con la reforma de 2010 queda limitada a entes sin personalidad jurídica, por lo que quedarán fuera precisamente los comportamientos societarios⁴⁷. La segunda carencia tiene que ver con las escasas modalidades de comisión imprudente que están abarcadas por la cláusula de responsabilidad penal societaria, en claro contraste con la realidad criminológica⁴⁸.

6. El sistema de imputación vigente en el código penal español

1. La reforma penal española de 2010 ha optado por el sistema de imputación societaria basado en el modelo de transferencia de responsabilidad. A su tenor, se imputa a la persona jurídica el hecho injusto cometido por sus representantes, administradores o empleados, esto es, el tipo objetivo y subjetivo, la antijuricidad y la graduación del injusto genérico en ellos concurrentes. En todo caso, es preciso que ese hecho lo hayan realizado en nombre o por cuenta de la persona jurídica, y en su provecho. Como iremos viendo al analizar las interpretaciones alternativas, resulta difícil negar tal conclusión dada la estructura del art. 31 bis⁴⁹.

Al respecto conviene hacer algunas precisiones: No es preciso que esté identificada la persona física cuyo injusto se transfiere a la persona jurídica –art. 31 bis 2–, bastando con que conste que alguien que reúne la cualidad de representante, administrador o empleado de la sociedad ha realizado el injusto. A mi juicio, con esta previsión se ha introducido una variante del concepto procesal de prueba alternativa –*Wahlfeststellung*–, que en su formulación habitual constituye una excepción al principio *in dubio pro reo*: Cuando consta que el inculpado ha realizado uno u otro delito, o uno u otro comportamiento productor del resultado, pero no consta cuál de ellos, se le exige responsabilidad por la conducta menos penada⁵⁰. En este caso, se sabe que una de las personas físicas transferentes ha realizado el injusto, aunque no se conoce cuál de ellas. Esta construcción desactiva en alguna medida el reproche de que estamos ante un supuesto de

⁴⁷ Véanse críticamente, al respecto, BACIGALUPO SAGESSE, *Diario La Ley* 7541, 5 de enero de 2011, pp. 27-28; BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, 2011, p. 280; DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, pp. 23-24; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por LO 5/2010”, 2011, pp. 56 y ss.; y ZUGALDÍA ESPINAR, *Aproximación teórico y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español*, 2012, p. 15.

⁴⁸ Destacan esta carencia CARBONELL MATEU/MORALES PRATS, en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, 2010, p. 84; también MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, p. 57.

⁴⁹ Entre otros, llegan a conclusión semejante, BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, 2011, pp. 277 y 287; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por LO 5/2010”, 2011, pp. 30 y ss.; GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, pp. 8 y 11; GÓMEZ MARTÍN, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010*, 2011, p. 131; ROBLES PLANAS, *Diario La Ley* 7705, 29 de septiembre de 2011, p. 6; y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/PÉREZ CEPEDA/ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo I*, 2010, pp. 315-317.

⁵⁰ Véase ampliamente en el Manual de JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, pp. 143-150.

responsabilidad objetiva⁵¹.

Por otra parte, si la conducta típica de la persona física, realizada por cuenta y en provecho de la persona jurídica, resulta justificada, no hay injusto que transferir a la persona jurídica⁵².

El que la graduación del injusto de la persona física transferente repercuta en el injusto transferido a la persona jurídica, lo que reza para eximentes incompletas, atenuantes y agravantes genéricas del injusto, es una cuestión discutible pero aceptable desde una interpretación sistemática. Se puede entender que cuando el art. 31 bis 3 excluye de la transferencia a las agravantes de la responsabilidad se refiere exclusivamente a las que se integran en la categoría de la culpabilidad, pues se trataría de una explicitud de la mención precedente a las que afecten a la culpabilidad⁵³; por otro lado, la mención del art. 31 bis 4 a las únicas atenuantes que son aplicables a las personas jurídicas sería el correlato de las que han sido excluidas en el art. 31 bis 3, entre las que no están las atenuantes de lo injusto. Además, sólo de este modo tiene coherencia el art. 66 bis (párrafo 1), cuando remite a las reglas de compensación de atenuantes y agravantes al determinar la pena de las personas jurídicas. La otra alternativa interpretativa es rechazar la aplicación a las personas jurídicas de cualesquiera atenuantes y agravantes, salvo las atenuantes del art. 31 bis 4⁵⁴: Ello deja parcialmente sin contenido la remisión del art. 66 bis (párrafo 1), puesto que la reincidencia aludida en el art. 66 bis (párrafos 2 y 3) no funciona como circunstancia agravante sino como regla de medición judicial de la pena⁵⁵.

Una última precisión es que la ley mantiene la responsabilidad societaria aunque no se pueda exigir responsabilidad a la persona física transferente por el injusto que ha realizado., lo que puede ser debido a la ausencia de culpabilidad o punibilidad, de merecimiento o necesidad de pena, o de elementos de procedibilidad –art. 31 bis 2 y 3–. La responsabilidad de la persona jurídica se vincula así a un concepto similar al de accesoriedad limitada de la participación, lo que, de todos modos, no supone que la persona jurídica participe de la conducta de la persona física transferente, pues no se le

⁵¹ Véase infra.

⁵² Admiten expresamente los efectos de la justificación de la conducta de la persona física en la responsabilidad de la persona jurídica, BACIGALUPO SAGESSE, *Diario La Ley* 7541, 5 de enero de 2011, p. 30; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, pp. 404-405; GÓMEZ RIVERO, en GÓMEZ RIVERO (coord.), *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 2010, p. 357; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 58-59; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, p. 632; y NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008, p. 204.

⁵³ Aparentemente llega a la misma conclusión GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, p. 404.

⁵⁴ Así FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por LO 5/2010”, 2011, pp. 51 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Diario La Ley* 7534, 23 de diciembre de 2010, p. 10; GÓMEZ RIVERO, en GÓMEZ RIVERO (coord.), *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 2010, p. 357; GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, pp. 16-17; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008, p. 204; y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/PÉREZ CEPEDA/ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo I*, 2010, p. 322, entre otros.

⁵⁵ Véase más ampliamente en DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español. Parte general. En esquemas*, 3ª ed., 2011, pp. 244-245. Reconocen el parcial vaciamiento del art. 66 bis (párrafo 1) GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, p. 639; y MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 66-67.

exige ni conducta cooperativa ni acuerdo de voluntades con la persona física transferente⁵⁶.

Toda la estructura expuesta implica una responsabilidad de la persona jurídica por el hecho injusto ajeno, lo que contradice el principio de exclusión de la responsabilidad por el hecho ajeno en su vertiente cuantitativa⁵⁷. Y ello por más que el hecho ajeno imputado a la sociedad es solo el comportamiento injusto de las personas físicas competentes, y que personas física y jurídica responden autónomamente de su respectiva culpabilidad, punibilidad, merecimiento y necesidad de pena. En suma, nuestro legislador no ha querido o no ha sido capaz de configurar en la ley penal un injusto específico propio de la persona jurídica. Lo que reconduce la cuestión a la admisibilidad social y constitucional de atribuir a la persona jurídica responsabilidad por hechos cometidos por personas físicas por cuenta y en provecho de ella⁵⁸.

Como decimos, la culpabilidad y la punibilidad son las propias de la persona jurídica. En todo caso, la culpabilidad se imputa estrictamente a partir del hecho injusto transferido por la persona jurídica, sin que estén previstas eximentes, atenuantes o agravantes de la persona jurídica, y estando vedada la aplicación de las susceptibles de concurrir en las personas físicas transferentes. Es, por tanto, un juicio desvalorativo de carácter general, que reprocha a la sociedad el concreto comportamiento antijurídico realizado en su seno a su cuenta y provecho, sin que puedan tomarse en cuenta elementos fácticos concurrentes en ella que pudieran matizar o excluir ese reproche en el caso concreto. En alguna medida recuerda, aceptada la transferencia de injusto, al concepto de culpabilidad propio de la concepción normativa pura welzeliana⁵⁹, y parece fundarse en que a la persona jurídica le es exigible, como creación del derecho que es, una estructura y actividad conformes a derecho⁶⁰. En cuanto a la punibilidad, puede atenuarse si concurren determinadas actuaciones postdelictivas de la persona jurídica que pueden matizar la necesidad, que no el merecimiento, del juicio de responsabilidad⁶¹.

Por lo demás, las personas jurídicas disponen de un catálogo específico de penas –art. 33.7–, con unos criterios orientadores de la imposición de determinadas penas –art. 66 bis 1ª (párrafo 1)–. Están sometidas a las reglas generales de determinación legal y judicial de la

⁵⁶ Sin embargo, a favor de la participación *sui generis*, BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, 2011, p. 277; a favor de la coautoría, véase GÓMEZ RIVERO, en GÓMEZ RIVERO (coord.), *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 2010, p. 352.

⁵⁷ Véase lo ya dicho supra en el epígrafe 3 del presente artículo. En el mismo sentido, BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, 2011, pp. 277 y 287; CUERDA RIEZU, *ADPCP* 62 (1), 2009, p. 234; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, pp. 392-393; GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, p. 11; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 55-56; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, p. 630; OCTAVIO DE TOLEDO UBIETO, *ADPCP* 62 (1), 2009, pp. 148-151; ROBLES PLANAS, *Diario La Ley* 7705, 29 de septiembre de 2011, p. 6; y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/PÉREZ CEPEDA/ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo I*, 2010, pp. 315 y ss.

⁵⁸ Bien entendido que para justificar la regulación actual bastaría admitir la transferencia del injusto, y no de toda la responsabilidad de la persona física, a la sociedad. Véanse supra los términos del debate.

⁵⁹ Véase Díez Ripollés, *Derecho penal español. Parte general. En esquemas*, 3ª ed., 2011, pp. 245-246.

⁶⁰ Parte también de un juicio genérico de culpabilidad GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, pp. 396-397 y pp. 400-401.

⁶¹ Véase infra.

pena, a salvo de las previsiones específicas sobre determinación legal –art. 66 bis (párrafo 1 *ab initio*)– y sobre determinación judicial –art. 66 bis (párrafos 1 a 3)–. La extinción de la responsabilidad de las personas jurídicas contiene reglas especiales, ya vistas⁶².

2. Un sector importante de la doctrina defiende que el sistema de imputación introducido ha sido el correspondiente al modelo de autorresponsabilidad: A la persona jurídica se le imputa un injusto culpable propio, distinto del que hayan podido realizar las personas físicas competentes en ella integradas⁶³. El injusto suele identificarse con un defecto de organización de la persona jurídica⁶⁴, y la culpabilidad va referida a ese injusto cometido por la persona jurídica⁶⁵.

Esta interpretación aporta diversos argumentos: Destaca que en la segunda modalidad comisiva del art. 31 bis 1, donde el protagonismo corresponde a empleados de la sociedad, se exige que no haya concurrido el debido control de éstos por parte de las personas físicas que ejercen la autoridad de la persona jurídica. Además, el debido respeto de determinados principios constitucionales y jurídico-penales, como los de exclusión de la responsabilidad

⁶² Véase lo dicho en el epígrafe 4 del presente artículo sobre sucesión y disolución aparente de personas jurídicas.

⁶³ Así, BACIGALUPO SAGESSE, *Diario La Ley* 7541, 5 de enero de 2011, pp. 20-23, 26; CARBONELL MATEU, *Cuadernos de Política Criminal*, (101), 2010, pp. 27 y 31; DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, pp. 13, 16 y ss.; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, pp. 392 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Diario La Ley* 7534, 23 de diciembre de 2010, pp. 8-10; GÓMEZ RIVERO, en GÓMEZ RIVERO (coord.), *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 2010, pp. 353-354; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 55-56; ORTIZ DE URBINA GIMENO, en GOÑI SEIN (dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, 2011, pp. 122-123; y ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, 2010, pp. 581-583.

⁶⁴ Sin embargo, consideran el defecto de organización como elemento fundamentador de la culpabilidad, o ven difícil delimitar su contenido de injusto y culpabilidad, BACIGALUPO ZAPATER, *Diario La Ley* 7442, 9 de julio de 2010, pp. 3-4; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, pp. 394-397, 400-401; ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, 2010, p. 582; y ZUGALDÍA ESPINAR, *Aproximación teórico y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español*, 2012, pp. 9-10, entre otros.

Además, existen discrepancias sobre la admisión legal de la comisión imprudente del defecto de organización: la admiten en todo caso DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, p. 18, pp. 20-21; y GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, pp. 392 y ss.; limitada a la segunda modalidad comisiva del art. 31 bis 1, ORTIZ DE URBINA GIMENO, en GOÑI SEIN (dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, 2011, pp. 124-126; sólo en supuestos aislados expresamente previstos, CARBONELL MATEU, *Cuadernos de Política Criminal*, (101), 2010, p. 28; y MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, p. 57.

⁶⁵ Las pocas formulaciones sobre el contenido de la culpabilidad son muy diversas –GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, pp. 394-397 y pp. 400-401; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Diario La Ley* 7534, 23 de diciembre de 2010, pp. 8-10; y ZUGALDÍA ESPINAR, *Aproximación teórico y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español*, 2012, pp. 7, 9-10.

En todo caso se reconoce la no previsión de eximentes o atenuantes de la culpabilidad propia de la persona jurídica –así, BACIGALUPO SAGESSE, *Diario La Ley* 7541, 5 de enero de 2011, pp. 28-30; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, p. 396; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, p. 58; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008, p. 204; y ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, 2010, pp. 586-587, 592–, por más que algunos autores promueven ciertas interpretaciones que llevan a la admisión de unas u otras, o de ambas –así, por ejemplo, BACIGALUPO ZAPATER, *Diario La Ley* 7442, 9 de julio de 2010, p. 4; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Diario La Ley* 7534, 23 de diciembre de 2010, p. 10; y ZUGALDÍA ESPINAR, *Aproximación teórico y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español*, 2012, p. 13.

por el hecho ajeno, la imputación subjetiva o el principio de culpabilidad, obliga a proyectar ese requisito a la segunda modalidad comisiva, centrada en la actuación de los representantes o administradores de la sociedad. Por otra parte, no ven argumentos suficientes a favor del modelo de transferencia. Es cierto que ha de constar que un representante, administrador o empleado del ente colectivo ha cometido también el delito⁶⁶. Pero la ley admite la responsabilidad de la persona jurídica con independencia de que se desconozca qué persona física concreta ha cometido el delito, de que no se pueda proceder contra la persona física, o ésta haya fallecido o se haya sustraído de algún modo a la justicia. Sin olvidar que las eximentes y circunstancias de la responsabilidad concurrentes en la persona física no son aplicables a la persona jurídica.

No faltan quienes piensan que nuestro legislador ha introducido un modelo mixto: Se reconoce que parte del modelo de transferencia, pero este es influido o transformado en mayor o menor medida por el modelo de autorresponsabilidad⁶⁷.

A mi juicio, hay buenos argumentos en contra de las interpretaciones precedentes:

Ante todo, y como veremos más adelante, sostener el modelo de autorresponsabilidad en nuestro código supone hacer una interpretación sin base legal de la referencia del art. 31 bis 1 (párrafo 2) a la ausencia del debido control de los representantes o administradores sobre sus empleados.

Por otra parte, llama la atención que la comisión por imprudencia, tan relevante en todas las construcciones basadas en el defecto de organización, se contempla en muy pocos supuestos. El art. 31 bis no contiene una cláusula de imprudencia, aplicable a todos los delitos en los que las personas jurídicas pueden ser responsables. Tampoco la alusión, en la segunda modalidad comisiva, al debido control de los representantes o administradores sobre sus empleados puede considerarse en sus términos una disposición expresa de imprudencia punible en el sentido del art. 12 del código. Por lo demás, no va referida a

⁶⁶ Lo que, según estos autores, implica que esa persona física ha realizado un injusto culpable, un injusto, o solo el tipo objetivo. Véanse posturas diferentes en GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, pp. 390, 392-393, y 404-405; GÓMEZ RIVERO, en GÓMEZ RIVERO (coord.), *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 2010, pp. 352-353; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 55-59; ORTIZ DE URBINA GIMENO, en GOÑI SEIN (dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, 2011, pp. 117-118; ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, 2010, p. 582; y ZUGALDÍA ESPINAR, *Aproximación teórico y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español*, 2012, pp. 8-9; entre otros.

⁶⁷ Con interpretaciones muy diversas, BACIGALUPO ZAPATER, *Diario La Ley* 7442, 9 de julio de 2010, pp. 2-3; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008, p. 177; y SILVA SÁNCHEZ, *Diario La Ley* 7464, 9 de septiembre de 2010, p. 6. Dejamos fuera de consideración en este estudio las propuestas que mantienen que la reforma del código penal en materia de personas jurídicas no ha introducido, pese a su localización sistemática y los términos utilizados, una responsabilidad penal de clase alguna.

Para algunos de estos autores se ha creado ya una responsabilidad objetiva por el riesgo, vinculada al enriquecimiento injusto obtenido por la persona jurídica a partir de actuaciones realizadas por personas físicas en su seno. Se trataría de una responsabilidad de carácter jurídico-público, pero que carecería sin embargo de naturaleza penal o bien sancionadora administrativa.

Véanse, al respecto, ROBLES PLANAS, *Diario La Ley* 7705, 29 de septiembre de 2011, pp. 5-8; y DEL ROSAL BLASCO, "La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis nº 1, del Código penal", *Cuadernos de política criminal*, (103), 2011, p. 94.

todo el art. 31 bis, en realidad ni siquiera a la personas jurídica⁶⁸. Es más, si lo fuera impondría sorprendentemente la misma pena a la comisión dolosa que a la imprudente⁶⁹.

Si hubiera un injusto culpable específico de la persona jurídica, debieran estar previstas eximentes y graduaciones de injusto y culpabilidad propias, ligadas al defecto de organización de la sociedad y su reproche. Sin embargo, sólo están previstas las atenuantes del art. 31 bis 4, cuyo carácter postdelictivo impide referirlas al injusto o a la culpabilidad⁷⁰.

Al alegar principios constitucionales y penales a favor de ese modelo se realiza una interpretación poco ponderada: El principio de legalidad, constitucional y penal, queda en segundo lugar frente a cualquier otro principio de origen semejante. Preferible es debatir, como ya hemos apuntado, si podría ser constitucional la responsabilidad de las sociedades por el hecho injusto ajeno en ciertas condiciones.

Se pasan por alto o desconsideran ciertas previsiones legales adicionales, incompatibles con un modelo de autorresponsabilidad. La exigencia de responsabilidad penal a las sociedades instrumentales solo tiene sentido dentro del modelo de transferencia, pues en el modelo de autorresponsabilidad el injusto culpable de la sociedad instrumental carece de sustento. Lo que procede es el delito de testaferría de la persona física y la medida de disolución de la sociedad⁷¹. Asimismo, la obligación de modular las penas de multa imponibles tanto a la persona física como a la jurídica para que su cuantía total se ajuste a la gravedad de unos mismos hechos –art. 31 bis 2– presupone que ambas personas están sustancialmente respondiendo por el mismo injusto culpable⁷². No pueden arrumbarse tampoco diversas previsiones legales que condicionan la gravedad de la pena de las personas jurídicas a la de las personas físicas⁷³.

⁶⁸ Sobre los destinatarios de la exigencia de control, véase infra.

⁶⁹ Así también GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, pp. 13-14; GÓMEZ MARTÍN, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010*, 2011, pp. 133-134; y ROBLES PLANAS, *Diario La Ley* 7705, 29 de septiembre de 2011, pp. 6-7. Una enumeración de los pocos delitos en los que coincide una regulación expresa de la punición de la imprudencia y de la responsabilidad de las personas jurídicas, en Díez Ripollés, *Derecho penal español. Parte general. En esquemas*, 3ª ed., 2011, p. 244.

⁷⁰ Así GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, pp. 395-396; GÓMEZ RIVERO, en GÓMEZ RIVERO (coord.), *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 2010, p. 357; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 59 y ss.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, en GOÑI SEIN (dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, 2011, pp. 129-130.

En contra, GÓMEZ-JARA Díez, *Diario La Ley* 7534, 23 de diciembre de 2010, pp. 9-10; y ZUGALDÍA ESPINAR, *Aproximación teórico y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español*, 2012, pp. 13 y 16.

Ello sin perjuicio de las eximentes y circunstancias modificativas de la responsabilidad de las personas físicas que se consideren transferibles a las personas jurídicas.

⁷¹ Véase lo dicho en el epígrafe 4.

⁷² Reconocen el citado problema, entre otros autores, BACIGALUPO SAGESSE, *Diario La Ley* 7541, 5 de enero de 2011, p. 26; CARBONELL MATEU, *Cuadernos de Política Criminal*, (101), 2010, p. 30; DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, p. 22; véase también GÓMEZ-JARA Díez, *Diario La Ley* 7534, 23 de diciembre de 2010, pp. 11-12; y ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, 2010, pp. 591-592.

⁷³ Lo que sucede en numerosas figuras delictivas, y, de modo más general, en los arts. 52.4 y 66 bis (párrafo 1 2ª) del Código penal.

7. El tipo de lo injusto de la persona física transferible a la persona jurídica

Nuestro art. 31 bis 1 configura dos modalidades, en las que una persona física realiza el tipo de alguna de las figuras delictivas susceptibles de ser imputadas también a personas jurídicas. Además, a efectos de transferencia, deberán concurrir en el tipo unos elementos adicionales diferenciados según la variante comisiva.

1. La variante de representantes o administradores –art. 31 bis 1 (párrafo 1)– exige en primer lugar que la acción u omisión típica sea idónea para reportar una ventaja a la persona jurídica, lo que se expresa con la locución legal en provecho. Estamos ante una cualidad de la acción, y no ante una alusión al resultado ni ante un elemento subjetivo de lo injusto. En consecuencia es irrelevante que el provecho se haya producido o que el representante o administrador actúen movidos primordialmente por lograr una ventaja para la empresa⁷⁴. A su vez, la ventaja susceptible de lograrse no ha de ser necesariamente económica, y cuando lo sea puede concernir a un incremento de ingresos, ahorro de gastos, mejora de posición en el mercado o cualquier otro beneficio con traducción económica, incluso si no tiene relación funcional con el giro de la empresa⁷⁵.

Sujeto activo de la conducta típica ha de ser un representante legal o administrador de la persona jurídica a imputar. Por el primero se entiende a quien ejerce la representación de la sociedad respecto a todos los actos comprendidos en su objeto social, y por el segundo, tanto a quien gestiona la sociedad en virtud de un título jurídicamente válido como a quien ejerce de facto la gestión de la sociedad aun cuando carezca de algo más que de requisitos formales para ser administrador de derecho⁷⁶.

⁷⁴ Sustancialmente igual, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por LO 5/2010”, 2011, pp. 42-44; también en parte, BACIGALUPO SAGESSE, *Diario La Ley* 7541, 5 de enero de 2011, p. 25. Parten de que es un elemento subjetivo, siendo suficiente con su concurrencia, y debatiéndose si debe ser el móvil predominante, GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, p. 390; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Diario La Ley* 7534, 23 de diciembre de 2010, p. 9, con matices; GÓMEZ MARTÍN, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010*, 2011, p. 133; DEL ROSAL BLASCO, *Cuadernos de política criminal*, (103), 2011, pp. 87-88; y ZUGALDÍA ESPINAR, *Aproximación teórico y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español*, 2012, pp. 8-9.

⁷⁵ Así, DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, p. 18; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por LO 5/2010”, 2011, p. 43; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, p. 390; GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, p. 13; GÓMEZ MARTÍN, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010*, 2011, p. 133; y ZUGALDÍA ESPINAR, *Aproximación teórico y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español*, 2012, p. 9.

⁷⁶ Sustancialmente igual, DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, pp. 16-17; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por LO 5/2010”, 2011, pp. 41-42; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, p. 391; GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, pp. 11-12; y GÓMEZ MARTÍN, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010*, 2011, p. 133.

Nótese, de todos modos, que en el ámbito mercantil por lo general el administrador de derecho es precisamente el que ejerce funciones de representación orgánica de la sociedad. Véanse, respecto a sociedades de capital, los arts. 209, 233-234 de TRL 1/2010.

El art. 31 bis alude reiteradamente a la condición de persona física de los representantes o administradores intervinientes en el delito, por lo que no podrán ser sujetos activos los órganos colectivos de la persona jurídica ni las personas jurídicas que puedan ejercer la administración de la sociedad⁷⁷. Dado que la transferencia del injusto de la persona física a la jurídica exige en esta modalidad que la persona física pueda vincular a la persona jurídica en su conjunto, no podrán ser sujetos activos: Los apoderados de la persona jurídica, pues tienen poderes limitados de representación, y tampoco los mandos intermedios de la persona jurídica, al estar subordinados al administrador⁷⁸.

Ese sujeto activo ha de actuar en nombre o por cuenta de la persona jurídica. Son dos elementos subjetivos de tendencia, de carácter alternativo, cuya concurrencia es materialmente compatible con eventuales comportamientos imprudentes expresamente previstos como punibles. El sujeto actuará en nombre de la sociedad cuando su comportamiento se acomode a la política o directivas de la empresa previamente fijadas, y se comportará por cuenta de la sociedad si persigue los intereses de ésta determinados autónomamente en el marco de sus funciones sociales, aun cuando contradiga la política o directivas empresariales. No se dará la tendencia exigida si en el ejercicio de sus funciones sociales persigue de forma predominante intereses propios o si, al margen de sus funciones sociales, realiza actuaciones en interés de la empresa⁷⁹.

Un sector doctrinal exige que además concurra un defecto de organización de la propia persona jurídica. La ausencia de ese defecto hace que no se de el injusto, para algunos la culpabilidad, de la persona jurídica. La exigencia se funda sobre todo en razones de principio u oportunidad sobre el modelo de responsabilidad de personas jurídicas más adecuado y, en menor medida, en razones sistemáticas de coherencia con la dicción legal

Ese desajuste indebido con las previsiones normativas del derecho privado ha llevado a DEL ROSAL BLASCO, *Cuadernos de política criminal*, (103), 2011, pp. 54-65, a proponer una discutible interpretación, que liga el concepto penal de representante legal empleado en el art. 31 bis 1 con la función de factor o apoderado general de la sociedad.

⁷⁷ En este último caso serán sujetos activos las personas físicas que administren en nombre de la sociedad administradora a la sociedad administrada. Véase al respecto el art. 212.1 TRL 1/2010.

En sentido similar, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, "Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por LO 5/2010", 2011, pp. 50-51; y GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, p. 12. En sentido contrario, BACIGALUPO SAGESSE, *Diario La Ley* 7541, 5 de enero de 2011, p. 22.

⁷⁸ Así también DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, p. 17; GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, p. 11; y GÓMEZ MARTÍN, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010*, 2011, p. 132. En contra respecto a factores, DEL ROSAL BLASCO, *Cuadernos de política criminal*, (103), 2011, pp. 64-65.

⁷⁹ Con frecuencia la doctrina no distingue entre los dos elementos alternativos. Véanse interpretaciones no siempre coincidentes en BACIGALUPO SAGESSE, *Diario La Ley* 7541, 5 de enero de 2011, p. 24; DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, p. 18; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, "Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por LO 5/2010", 2011, pp. 40-41; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, p. 389; GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, p. 12; GÓMEZ MARTÍN, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010*, 2011, p. 133; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Diario La Ley* 7534, 23 de diciembre de 2010, p. 9; GÓMEZ RIVERO, en GÓMEZ RIVERO (coord.), *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 2010, p. 354; DEL ROSAL BLASCO, *Cuadernos de política criminal*, (103), 2011, p. 86; y ZUGALDÍA ESPINAR, *Aproximación teórico y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español*, 2012, p. 8.

del art. 31 bis 1 (párrafo 2)⁸⁰. Al margen de las objeciones ya formuladas a las pretensiones de interpretar todo el art. 31 bis bajo el modelo de autorresponsabilidad⁸¹, resulta difícil encontrar apoyo legal en la dicción típica de esta variante a la exigencia de un defecto de organización⁸². Además, como ya dijimos, los defectos de organización suelen ser imprudentes, y no hay previsiones específicas para la imprudencia de la persona jurídica⁸³. Por otra parte, debieran preverse repercusiones sobre el injusto de la persona jurídica para el caso de que estuviera bien organizada, lo que no sucede⁸⁴. Y, una vez más, sigue pendiente la fundamentación de la responsabilidad de la persona física si lo que hace no es transferir un injusto propio.

2. La variante de empleados –art. 31 bis 1 (párrafo 2)– exige, al igual que en el supuesto anterior, la idoneidad del comportamiento típico para reportar una ventaja a la persona jurídica. Sujeto activo del comportamiento típico será un empleado de la sociedad, en concreto, una persona física sometida a la autoridad de las personas, también físicas, que representan o administran a la sociedad. Alguien, por tanto, que se encuentra sometido a la jerarquía o, al menos, al poder de dirección de los representantes o administradores societarios. Eso incluye a los que están vinculados laboral o mercantilmente con la sociedad, pero también a quienes están sometidos a esa autoridad dentro del trabajo autónomo, de subcontratas o de empresas de trabajo temporal⁸⁵.

El sujeto activo habrá actuado en el ejercicio de actividades sociales por cuenta de la sociedad que no han sido debidamente controladas. Actuará en el ejercicio de actividades

⁸⁰ Así, BACIGALUPO SAGESSE, *Diario La Ley* 7541, 5 de enero de 2011, p. 23; BACIGALUPO ZAPATER, *Diario La Ley* 7442, 9 de julio de 2010, pp. 2-4; DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, p. 18; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, pp. 394 y ss.; GÓMEZ-JARA Díez, *Diario La Ley* 7534, 23 de diciembre de 2010, pp. 9-10; ORTIZ DE URBINA GIMENO, en GOÑI SEIN (dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, 2011, p. 123; y ZUGALDÍA ESPINAR, *Aproximación teórico y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español*, 2012, pp. 7 y ss.

⁸¹ Véase el epígrafe precedente del presente trabajo.

⁸² Esto lo reconocen incluso los partidarios o proclives a la interpretación criticada: DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, pp. 13 y 18; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 55-56; y ORTIZ DE URBINA GIMENO, en GOÑI SEIN (dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, 2011, p. 123; entre muchos otros autores que son favorables o no a ella.

⁸³ Lo reconoce así ORTIZ DE URBINA GIMENO, en GOÑI SEIN (dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, 2011, pp. 123-126.

⁸⁴ Los intentos de introducir atipicidad, eximentes o atenuantes en tales casos –véanse, por todos, BACIGALUPO SAGESSE, *Diario La Ley* 7541, 5 de enero de 2011, pp. 28-29; BACIGALUPO ZAPATER, *Diario La Ley* 7442, 9 de julio de 2010, pp. 3-4; DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, pp. 18 y ss.; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, pp. 396-397; GÓMEZ-JARA Díez, *Diario La Ley* 7534, 23 de diciembre de 2010, pp. 9-10; y ZUGALDÍA ESPINAR, *Aproximación teórico y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español*, 2012, pp. 10 y 13– pecan de voluntarismo.

Así, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por LO 5/2010”, 2011, pp. 51-52; GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, p. 16; y MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, p. 59.

⁸⁵ Así, DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, pp. 19-20; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por LO 5/2010”, 2011, p. 46; GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, p. 13; GÓMEZ MARTÍN, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010*, 2011, p. 133; y DEL ROSAL BLASCO, *Cuadernos de política criminal*, (103), 2011, pp. 88-89, entre otros.

sociales si ejecuta aquellas que funcionalmente le corresponden dentro del objeto social; pero también si ejecuta comportamientos en el seno de la sociedad que, perteneciendo al objeto social, no le corresponden, o que no pertenecen al objeto social. Actuará por cuenta de la sociedad si persigue los intereses de ésta, lo que no sucederá si atiende de forma predominante intereses propios en el seno de la sociedad o si, al margen de sus actividades sociales, realiza actuaciones en interés de la sociedad. Además, la ausencia del control debido ha hecho posible la actuación delictiva del empleado en el seno y por cuenta de la sociedad:

Esta última es una exigencia ineludible para poder realizar la transferencia del injusto del empleado a la persona jurídica. El empleado carece del poder de dirección de la sociedad pues, a diferencia de representantes y administradores, está imposibilitado de tomar decisiones autónomas. Ese control que está ausente es, dado el tenor legal, el de las personas físicas que son sujetos activos del art. 31 bis 1 (párrafo 1), y no el de los órganos societarios en cuanto tales⁸⁶. Y la ausencia se dará cuando el empleado cuente con el impulso, tolerancia o descuido, activo u omisivo, de las personas físicas aludidas, atendiendo a las circunstancias concretas del caso. Estamos, pues, ante un presupuesto, formulado negativamente, del comportamiento típico del empleado, de modo que si concurre el control debido el empleado no podrá realizar el injusto que permite ser transferido a la persona jurídica, sin perjuicio de la responsabilidad propia que pueda tener. En cuanto a la responsabilidad de los controladores, el art. 31 bis 1 (párrafo 2) no prevé su responsabilidad penal por el mero hecho de no haber ejercido el debido control sobre sus empleados, lo que no obsta a que su conducta pueda cumplir el tipo activo u omisivo del art. 31 bis 1 (párrafo 1) o cualquier otro tipo⁸⁷.

Un sector doctrinal considera que la exigencia de que los representantes o administradores, que entienden en su papel de órganos societarios, no ejerzan el debido control es equiparable al requisito de que esté presente un defecto de organización de la persona jurídica. Para algunos, ese elemento típico faltará si los representantes o administradores han ejercido en el caso concreto el debido control sobre sus subordinados, mientras que para otros también faltará en supuestos en que la sociedad dispone previamente de programas de cumplimiento⁸⁸. Por otra parte, ese defecto de organización se tiende a ver

⁸⁶ Así también, entre otros, GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, p. 15; ROBLES PLANAS, *Diario La Ley* 7705, 29 de septiembre de 2011, p. 6; y DEL ROSAL BLASCO, *Cuadernos de política criminal*, (103), 2011, pp. 90-91. En cambio, intenta eludir esta conclusión BACIGALUPO SAGESSE, *Diario La Ley* 7541, 5 de enero de 2011, p. 22.

⁸⁷ En ello parece pensar la mención a representantes y administradores del art. 31 bis 3. Si cumplen el tipo del art. 31 bis 1, ese injusto se podrá transferir a la sociedad. Ampliamente sobre la responsabilidad de los controladores, véase DEL ROSAL BLASCO, *Cuadernos de política criminal*, (103), 2011, pp. 65-85.

⁸⁸ Así, BACIGALUPO SAGESSE, *Diario La Ley* 7541, 5 de enero de 2011, pp. 28-29; BACIGALUPO ZAPATER, *Diario La Ley* 7442, 9 de julio de 2010, pp. 3-4; CARBONELL MATEU, *Cuadernos de Política Criminal*, (101), 2010, pp. 28-29 y 32 -con algunas reticencias-; DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, pp. 20-21; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, pp. 394 y ss., p. 403; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Diario La Ley* 7534, 23 de diciembre de 2010, pp. 9-10; ORTIZ DE URBINA GIMENO, en GOÑI SEIN (dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, 2011, pp. 122-123; y ZUGALDÍA ESPINAR, *Aproximación teórico y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español*, 2012, pp. 9-10. En contra de exigir el defecto de organización societario, BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, 2011, pp. 287-288; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, "Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal

mayoritariamente como imprudente⁸⁹.

No comparto esta última interpretación doctrinal. La sociedad no responde por el injusto propio derivado del control indebido de sus representantes o administradores a sus subordinados, sino por el delito cometido por éstos: De ahí que sea irrelevante que la ausencia de control sea dolosa o imprudente, o que la implantación, previa al delito, de un plan de cumplimiento carezca de consecuencias. Tampoco los representantes o administradores de la sociedad son tratados como órganos de la sociedad cuando ejercen esas labores de control: Si lo fueran, las eximentes o atenuantes que les afectaran deberían repercutir sobre el injusto culpable transferido a la sociedad, lo que prohíbe el art. 31 bis 3; de hecho, su comportamiento en tal caso debería ser impune o, todo lo más, de codelincuencia con la sociedad⁹⁰.

Por lo demás, resulta disfuncional que representantes o administradores deban entenderse como personas físicas en el art. 31 bis 1 (párrafo 1) y como órganos societarios en art. 31 bis 1 (párrafo 2), sin contar con que no hay una sola mención a órganos societarios en el art. 31 bis 1 a 3 más allá de los representantes o administradores tratados como personas físicas. Por último, de nuevo hay que recordar que si el defecto de la organización es imprudente no se podrá tener en cuenta por falta de previsión expresa⁹¹; es más, si en los dos párrafos del art. 31 bis 1 quisiéramos ver un defecto de organización societario, la pena del párrafo 1 debiera ser superior, por la mayor gravedad de la conducta⁹².

3. En ninguna de las dos variantes comisivas es menester identificar a la persona física que ha realizado el injusto precedente –art. 31 bis 2–, aunque sí debe constar que alguien que reúne las cualidades personales del injusto ha realizado el tipo correspondiente, incluidos los elementos adicionales ya señalados. Como hemos visto en el epígrafe 6 del presente artículo, de este modo el legislador ha introducido una variante del concepto procesal de prueba alternativa. Sin embargo, conviene hacer un par de precisiones:

Esta construcción procesal crea sin duda tensiones con el principio de imputación personal, singularmente en relación con la imputación subjetiva⁹³. De esas tensiones no se libran, por cierto, quienes parten de un modelo de autorresponsabilidad, en la medida en que exijan que la persona física realice el tipo subjetivo. En suma, se somete a la prueba de indicios de elementos subjetivos a un notable desafío.

Por otra parte, cabe admitir que los elementos típicos se realicen de forma compartida por

efectuada por LO 5/2010", 2011, pp. 48 y ss.; GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, pp. 14-15; GÓMEZ MARTÍN, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010*, 2011, p. 134; y DEL ROSAL BLASCO, *Cuadernos de política criminal*, (103), 2011, pp. 92-94, entre otros.

⁸⁹ Así, entre otros, GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, pp. 394 y ss.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, en GOÑI SEIN (dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, 2011, p. 124; y SILVA SÁNCHEZ, *Diario La Ley* 7464, 9 de septiembre de 2010, p. 6.

⁹⁰ Sin embargo, como hemos visto, cabe que su conducta de falta de control cumpla el tipo del art. 31 bis (párrafo 1), en cuyo caso cabrá una transferencia del delito por ellos cometido a la sociedad.

⁹¹ Lo reconocen CARBONELL MATEU, *Cuadernos de Política Criminal*, (101), 2010, p. 28; y MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, p. 57.

⁹² Lo reconoce NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008, pp. 201-202.

⁹³ En sentido contrario ORTIZ DE URBINA GIMENO, en GOÑI SEIN (dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, 2011, pp. 117-118.

varias personas, desconocidas en su totalidad o en parte⁹⁴. En cualquier caso deberán darse en todas ellas los elementos de alguna modalidad de autoría.

8. Atenuantes específicas de las personas jurídicas

1. El art. 31 bis 4 prevé un cierto número de atenuantes aplicables a personas jurídicas⁹⁵, todas las cuales aluden a conductas ejecutadas con posterioridad a la comisión del delito, esto es, una vez producido el injusto culpable⁹⁶. Estamos ante atenuantes pertenecientes a la categoría de la punibilidad. Atienden, por tanto, a una menor necesidad del juicio de responsabilidad transferido, ligada a razones de eficacia, efectividad o eficiencia, según los casos⁹⁷. Así, a la eficacia parcial en la protección del bien jurídico que se logra con la propia conducta del autor alude la atenuante de reparación del daño del art. 31 bis 4 c. Al incremento en la efectividad de la norma que se alcanza por un comportamiento del autor que facilita la tarea de la administración de justicia se presta atención en las atenuantes de confesión y colaboración en la investigación del hecho –art. 31 bis 4 a y b–. Y la mayor eficiencia resultante de renunciar a un completo juicio de responsabilidad a cambio de mejorar la prevención de futuras conductas delictivas justifica la atenuante de establecimiento de medidas de prevención y detección de delitos para el futuro del art. 31 bis 4 d.

En todo caso, el comportamiento atenuante debe realizarse por los representantes legales de la persona jurídica, que actúan, ahora sí, como órganos de la sociedad, como se deduce de la exigencia legal de que las actividades atenuantes de la sociedad se realicen a través de ellos⁹⁸. Es la primera vez que el art. 31 bis se refiere a los órganos societarios en cuanto tales.

⁹⁴ Así también GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, p. 402.

⁹⁵ Aun cuando el precepto parece dar a entender lo contrario, ya hemos visto en el epígrafe 6 que cabe apreciar otras, salvo las referidas a la culpabilidad.

⁹⁶ Así, por todos, DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, p. 32; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por LO 5/2010”, 2011, p. 52; y GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, pp. 395-396, 407. Críticamente MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, p. 59.

⁹⁷ Sobre la fundamentación en general de la categoría de la punibilidad en torno a la necesidad del juicio de responsabilidad, véase Díez Ripollés, *Derecho penal español. Parte general. En esquemas*, 3ª ed., 2011, pp. 513 y ss. La doctrina en este caso, como acostumbra a hacer con los elementos de la punibilidad, habla de razones político-criminales de promoción de ciertos comportamientos, o de necesidad de pena –así, por todos, DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, pp. 32 y ss.; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, p. 407; GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, p. 17; GÓMEZ MARTÍN, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010*, 2011, p. 135; y MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, p. 632.

Para GÓMEZ-JARA Díez, *Diario La Ley* 7534, 23 de diciembre de 2010, p. 10, todas estas atenuantes societarias expresan el fenómeno de la autorregulación.

⁹⁸ Conviene recordar que en las sociedades de capital los administradores son los representantes legales de la sociedad, que esa representación puede ser ejercida por uno o varios administradores, o por el consejo de administración, que el consejo de administración puede atribuir la representación a una comisión ejecutiva, o a uno o varios consejeros delegados, que en casos de pluralidad de administradores estos ejercerán la representación, según los casos, solidaria o mancomunadamente, y que la administración puede ejercerse por personas físicas o jurídicas –arts. 209-212, 233-235, 249, 252 TRL 1/2010 de Sociedades de capital.

Y demuestra que el legislador no ve obstáculos en atribuir efectos en el ámbito de la responsabilidad penal a las conductas de los órganos societarios, por más que en la actual regulación haya optado por un modelo de transferencia.

En consecuencia, no tendrán efecto atenuante las actividades realizadas por quienes no representan a la sociedad, como socios, accionistas, cuadros medios, auditores, asesores o trabajadores de la empresa en general; ello no obsta a que algunos puedan ser los ejecutores materiales de los comportamientos atenuantes siguiendo las instrucciones de los representantes⁹⁹. Tampoco atenuarán las conductas de los representantes legales realizadas por cuenta propia, y no de la sociedad. Aquí surge el problema cuando el representante legal es la persona física que ha transferido el delito por él cometido a la sociedad y estamos ante atenuantes previstas también para personas físicas¹⁰⁰. El representante puede buscar reducir su responsabilidad confesando, cooperando, o reparando con bienes sociales, sin tener en cuenta los intereses societarios, que pueden ser contrapuestos a los de la persona jurídica. De ahí que deba partirse de que las conductas de representantes ya imputados o que terminan siendo imputados no son conductas societarias, incluso si los intereses de defensa del representante y la sociedad no son contrapuestos: No procede que en tales condiciones personales ese representante pueda decidir sobre la estrategia de defensa de la sociedad¹⁰¹.

2. La atenuante de confesión de la infracción –art. 31 bis 4 a– guarda grandes similitudes con la referida a personas físicas del art. 21.4^a. En todo caso, la confesión ha de ir referida al injusto específico cometido por la persona física transferente, lo que incluye los elementos típicos adicionales que permiten la transferencia, diferentes según la variante comisiva; la confesión no será preciso que identifique a la persona transferente, aunque sí debe dejar claro que alguien con los cargos o funciones societarios legalmente previstos ha cometido el delito.

El desconocimiento de que un procedimiento judicial se dirige contra la persona jurídica, requisito para la validez de la confesión, faltará cuando una resolución judicial identifique a la sociedad como presunta responsable, sin que sea necesario que sea indiciariamente responsable, pues rige la interpretación vigente para la atenuante regular de confesión, y no las exigencias para la interrupción de la prescripción¹⁰². De todos modos, el conocimiento de la apertura de un procedimiento judicial contra las personas físicas transferentes no enerva la atenuante. Naturalmente el desconocimiento debe darse en los

⁹⁹ Así también DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, pp. 33 y ss.; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, pp. 407-408; GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, pp. 16-18; y GÓMEZ MARTÍN, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010*, 2011, p. 136.

¹⁰⁰ Sin duda las atenuantes de confesión, reparación y, para ciertos delitos, colaboración, a tenor de los arts. 21.4º y 5ª, 376 (párrafo 1) y 579. 4 CP.

¹⁰¹ Véanse, para prohibiciones y deberes de abstención de los administradores en sociedades de capital, arts. 225 y ss. TRL 1/2010. Alude a esta problemática GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, pp. 407-408.

¹⁰² Véase Díez Ripollés, *Derecho penal español. Parte general. En esquemas*, 3ª ed., 2011, pp. 526 y 784-785.

representantes legales de la sociedad¹⁰³.

3. La atenuante de colaboración en la investigación de los hechos –art. 31 bis 4 b– constituye, por un lado, una variante de la atenuante de colaboración con la justicia en la persecución de delitos de los arts. 376 (párrafo 1) y 579.4 CP, pero referida a todos los delitos en los que está prevista la responsabilidad de las personas jurídicas; de todas formas la colaboración se restringe a la aportación de pruebas¹⁰⁴. Por otro lado, se inserta en el debate sobre el alcance de los programas de cumplimiento de las personas jurídicas, aunque con notables carencias al respecto: No tiene efectos excluyentes de la responsabilidad ni basta con una actitud colaboradora de la sociedad a requerimiento de las autoridades¹⁰⁵.

La colaboración deberá concretarse en un comportamiento activo, por lo que no es suficiente con no obstaculizar las tareas de investigación¹⁰⁶, y consiste, estrictamente, en aportar pruebas, esto es, material probatorio derivado de cualquier medio de prueba. Quedan fuera comportamientos de prevención de futuros delitos. Esas pruebas irán referidas a aclarar las responsabilidades penales del hecho, sea de la persona física transferente, de sus partícipes o de la persona jurídica, aunque por lo general, dado su carácter determinante, se referirán a la primera¹⁰⁷; nada impide incluir pruebas exculpatorias de unas u otras personas¹⁰⁸. Las pruebas habrán de ser nuevas y decisivas, a valorar en términos objetivos y no en función de la creencia subjetiva de quien las suministra: Serán nuevas si se trata de materiales probatorios que no están a disposición de las autoridades investigadoras o instructoras, lo que no será el caso de material probatorio ya disponible o que confirma hechos ya suficientemente acreditados; si están en poder de las otras partes, serán nuevas mientras no hayan sido aportadas a la investigación. Serán decisivos los materiales probatorios que jueguen un papel relevante en la formación de la convicción judicial; no lo será el material probatorio accesorio o periférico, pero puede serlo el material probatorio indirecto¹⁰⁹. La colaboración podrá tener lugar en cualquier momento

¹⁰³ Véanse DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, p. 33; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, p. 409; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Diario La Ley* 7534, 23 de diciembre de 2010, p. 10.

¹⁰⁴ Que no se exija además el abandono voluntario de las actividades delictivas puede tener que ver con la adopción del modelo de transferencia.

¹⁰⁵ Así también FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por LO 5/2010”, 2011, pp. 38-39 y pp. 48-50. Además, críticamente DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, pp. 33-34; y GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Diario La Ley* 7534, 23 de diciembre de 2010, p. 10.

¹⁰⁶ En sentido contrario, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Diario La Ley* 7534, 23 de diciembre de 2010, p.10.

¹⁰⁷ Aluden tanto a la persona física como a la jurídica, entre otros, DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, p. 33; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, 2011, p. 410; y MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, p. 60.

De acuerdo a lo ya dicho en la atenuante de confesión, no es preciso que se identifique a la persona física transferente desconocida, en caso de conocerse su identidad.

¹⁰⁸ Contempla solo pruebas inculpativas MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, p. 60.

¹⁰⁹ Véanse, con posturas no siempre coincidentes con lo dicho en el texto, DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, p. 34; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por LO 5/2010”, 2011, p. 54; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Diario La Ley* 7534, 23 de diciembre de 2010, p. 10; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte*

del proceso, siempre que sea procedimentalmente admisible la aportación de material probatorio¹¹⁰.

4. La atenuante de reparación del daño –art. 31 bis 4 c– es prácticamente idéntica a la vigente para personas físicas en art. 21 5ª, con la salvedad de que mejora su redacción a través de mejoras técnicas, todas ellas plausibles, y que no suponen modificaciones de contenido respecto a su homónima.

5. La atenuante de establecimiento de medidas de prevención y descubrimiento de delitos para el futuro –art. 31 bis 4 d– supone una limitada introducción del instituto, propio de las sociedades, de los programas de cumplimiento. En el marco del modelo de autorresponsabilidad, su efectiva implementación con anterioridad a la comisión del delito suele conducir a la exclusión de la responsabilidad societaria. Nuestro ordenamiento no va más allá de atribuir un efecto atenuatorio a conductas societarias equiparables a programas de cumplimiento siempre que se realicen tras la comisión del delito y para prevenir o detectar nuevos delitos en el futuro¹¹¹.

En cualquier caso, se alude a medidas correspondientes en buena parte con las propias de los programas de cumplimiento¹¹². Con todo, al exigirse que estén específicamente dirigidas a prevenir o descubrir la comisión de delitos no es suficiente que prevengan o descubran otras infracciones o daños y, naturalmente, los delitos a prevenir o detectar son aquellos de los que se puede hacer responsables a las personas jurídicas¹¹³.

Se exige legalmente que esas medidas sean eficaces, esto es, adecuadas para alcanzar los objetivos de prevención y detección pretendidos; eso presupone que sean efectivas, o sea,

general, 2011, p. 410; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, “Lección XXX. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”, en GÓMEZ RIVERO (coord.), *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 2010, p. 405; y MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, p. 60.

¹¹⁰ Sobre la posible superposición de esta atenuante con la de confesión, véase DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español. Parte general. En esquemas*, 3ª ed., 2011, p. 527. También, entre otros, DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, p. 34; GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, p. 18; y GÓMEZ MARTÍN, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010*, 2011, p. 136.

¹¹¹ Un sector doctrinal se sirve, injustificadamente, de esta atenuante como argumento adicional para atribuir efectos excluyentes de la responsabilidad societaria a los programas de cumplimiento previos al delito. Así, por ejemplo, BACIGALUPO SAGESSE, *Diario La Ley* 7541, 5 de enero de 2011, pp. 28-30; DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, pp. 34-35; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Diario La Ley* 7534, 23 de diciembre de 2010, p. 11 –parcialmente–; GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2010, p. 19; y ORTIZ DE URBINA GIMENO, en GOÑI SEIN (dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, 2011, pp. 129-130.

En sentido contrario MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 60-61; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008, p. 178; DEL ROSAL BLASCO, *Cuadernos de política criminal*, (103), 2011, pp. 93-94; y ZÚNIGA RODRÍGUEZ, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/PÉREZ CEPEDA/ZÚNIGA RODRÍGUEZ, *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo I*, 2010, pp. 323-324.

¹¹² Véanse sucintamente los fines perseguidos por ellos en DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español. Parte general. En esquemas*, 3ª ed., 2011, p. 528 y, más ampliamente, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Diario La Ley* 7534, 23 de diciembre de 2010, p. 11; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008, pp. 215 y ss.; y ORTIZ DE URBINA GIMENO, en GOÑI SEIN (dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, 2011, pp. 126-131, entre otros.

¹¹³ Nótese que el precepto habla de *con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica*. Eso deja fuera supuestos en que la sociedad pretende prevenir o perseguir delitos que no son por su cuenta o provecho. Véanse sobre estos aspectos DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, 2010, p. 34; y GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Diario La Ley* 7534, 23 de diciembre de 2010, p. 11.

que estén en condiciones de ponerse en práctica. Ello implica su evaluación de acuerdo a la actividad, estructura y condiciones particulares de la sociedad, sin que, dada su naturaleza prospectiva, deban ligarse a un caso concreto. Se precisará, por lo general, un medio de prueba pericial, que deberá excluir medidas aparentes, que solo buscan mejorar la imagen societaria, sin repercusiones reales en prevención y detección¹¹⁴.

Las medidas habrán de ser establecidas antes del comienzo del juicio oral, plazo temporal superior al de algunas de las atenuantes precedentes, teniendo efecto todas las establecidas tras la comisión del delito. No es preciso esperar a que se haya iniciado el procedimiento para implantarlas, ni quedan sin efecto las adoptadas tras conocer la apertura de un procedimiento judicial en contra.

9. Bibliografía

Silvina BACIGALUPO SAGESSE (2011), “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos”, *Diario La Ley* 7541, 5 de enero de 2011.

Enrique BACIGALUPO ZAPATER (2010), “Responsabilidad penal y administrativa de personas jurídicas y programas de *compliance*”, *Diario La Ley* 7442, 9 de julio de 2010.

Miguel BAJO FERNÁNDEZ (2006), “La responsabilidad penal colectiva”, *Cuadernos de derecho judicial*, (7), pp. 33-92.

Miguel Ángel BOLDOVA PASAMAR /María Ángeles RUEDA MARTÍN (2011), “La responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal español”, en Mark PIETH/Radha IVORY (eds.), *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, London, Springer, pp. 271-288.

Juan Carlos CARBONELL MATEU (2010), “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010”, *Cuadernos de Política Criminal*, (101), pp. 5-33.

Juan Carlos CARBONELL MATEU/Fermín MORALES PRATS (2010), “Responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. del Libro I: 31 bis, supresión del 31.2 y nuevos, 66 bis, 116.3, 66.3, 130; y del Libro II: arts. 156 bis, 177 bis, 189 bis, 197, 251 bis, 261 bis, 264, 288, 302, 310 bis, 318 bis, 319, 327, 328, 343, 369, 369 bis, 399 bis, 427, 430, 445, 576 bis)”, en Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA/José Luis GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 55-86.

¹¹⁴ Véanse sobre alguno de estos temas, entre otros, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por LO 5/2010”, 2011, p. 55; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, en GÓMEZ RIVERO (coord.), *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 2010, p. 406; y MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, p. 61.

Mirentxu CORCOY BIDASOLO (2011), "Art. 130", en Mirentxu CORCOY BIDASOLO/Santiago MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 298 y ss.

Antonio Rafael CUERDA RIEZU (2009), "El principio de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)* 62 (1), pp. 157-209 y pp. 211-252.

José Luis DÍEZ RIPOLLÉS (2003), *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Madrid, Trotta.

- EL MISMO (2011), *Derecho penal español. Parte general. En esquemas*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch.

- EL MISMO (2012), *Las penas de las personas jurídicas, y su determinación legal y judicial. Regulación española*. En prensa.

Jacobo DOPICO GÓMEZ-ALLER (2010), "Responsabilidad de las personas jurídicas", en Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, Madrid, Ediciones Francis Lefebvre, pp. 18 y ss.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2011), "Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por LO 5/2010".

Brent FISSE/John BRAITHWAITE (1993), *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge, Cambridge University Press.

Mercedes GARCÍA ARÁN (2011), "Arts. 31 bis, 66 bis", en Juan CÓRDOBA RODA/Mercedes GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al código penal. Parte general*, Madrid, Marcial Pons, pp. 387 y ss.

Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (2010), "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del código penal", *Diario La Ley* 7534, 23 de diciembre de 2010.

- EL MISMO (2010), *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Montevideo, Editorial B de F.

Víctor GÓMEZ MARTÍN (2010), "Actualización de la obra de Santiago Mir Puig *Derecho penal. Parte general*, 8ª edición, 2008, a la LO 5/2010, de modificación del Código penal, que entra en vigor el 23-12-2010", en Santiago MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., Barcelona, Reppertor S.L., pp. 5-70.

- EL MISMO (2011), "Art. 31 bis", en Mirentxu CORCOY BIDASOLO/Santiago MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 117 y ss.

María del Carmen GÓMEZ RIVERO (2010), "Lección XXVI. Problemas especiales de la autoría", en María del Carmen GÓMEZ RIVERO (coord.), *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Madrid, Tecnos.

Günter HEINE (1995), *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, Nomos.

Hans-Heinrich JESCHECK/Thomas WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin, Duncker & Humblot.

Ernst-Joachim LAMPE (1994), "Systemunrecht und Unrechtssysteme", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 106, 1994, pp. 683-745.

María Isabel MARTÍNEZ GONZÁLEZ (2010), "Lección XXX. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal", en María del Carmen GÓMEZ RIVERO (coord.), *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Madrid, Tecnos.

Santiago MIR PUIG (2004), "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Emilio OCTAVIO DE TOLEDO UBIETO/Manuel GURDIEL SIERRA/Emilio CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 741-764.

Fermín MORALES PRATS (2010), "La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis, 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129, 130.2 CP)", en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Madrid, Cizur Menor (Aranzadi-Thomson), pp. 45-70.

Francisco MUÑOZ CONDE/Mercedes GARCÍA ARÁN (2010), *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch.

Adán NIETO MARTÍN (2008), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, Madrid, Iustel.

Emilio OCTAVIO DE TOLEDO UBIETO (2009), "¿Responsabilidad penal para los entes sociales?", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)* 62 (1), pp. 63-155.

Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO (2011), "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial ('Compliance Programs')", en José Luis GOÑI SEIN (dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, Madrid, La Ley (Temas), pp. 95-135.

Ricardo ROBLES PLANAS (2011), "Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP", *Diario La Ley* 7705, 29 de septiembre de 2011.

Bernardo DEL ROSAL BLASCO (2011), "La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis nº 1, del Código penal", *Cuadernos de política criminal* (103), pp. 41-94.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (2010), "La reforma del código penal: una aproximación desde el contexto", *Diario La Ley* 7464, 9 de septiembre de 2010.

José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR (2010), "Tema 34", en José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch.

- EL MISMO (2012), *Aproximación teórico y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español*. En prensa.

Laura del Carmen ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (2003), *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Madrid, Cizur Menor (Thomson-Aranzadi).

- EL MISMO (2010), "El sistema de sanciones penales aplicables a personas jurídicas", en Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/Ana Isabel PÉREZ CEPEDA/Laura del Carmen ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo I*, Madrid, Iustel.